



L'ACTU DU DJCE

MAI 2020 – FLASH COVID-19

COVID-19 ET DROIT DE LA CONCURRENCE

Relayant le message porté par la Commission européenne, les communiqués successifs de l'Autorité de la concurrence (ci-après « ADLC ») insistent sur la nécessité de prendre en compte les évolutions actuelles du marché et de l'économie et des conséquences sociales et économiques de l'épidémie.

Ainsi, il est opportun de se pencher, dans un premier temps, sur l'action de l'ADLC pour accompagner les entreprises et protéger les consommateurs, puis d'analyser l'application du droit européen des aides d'État aux mesures de soutien national destinées à faire face à la flambée de Covid-19, et de constater l'adaptation des délais et procédures de l'Autorité de la concurrence pendant la période d'urgence sanitaire.

1. La réponse étatique pour accompagner les entreprises et protéger les consommateurs

A. Protéger les acteurs du marché : la mise en place d'accords de coopération temporaires

Le 23 mars 2020, l'ADLC a rapporté sur son site Internet le message commun à l'attention des entreprises adressé par le Réseau Européen de Concurrence¹ (ci-après « REC »), et la Commission européenne. Le droit de la concurrence reste certes pleinement applicable, mais doit être adapté. Cette situation extraordinaire nécessite que les entreprises puissent coopérer entre elles afin de pouvoir « garantir la production et la distribution équitable de produits de première nécessité à l'ensemble des consommateurs »². Dès lors, le REC annonce qu'il n'interviendra pas de manière active contre les mesures, nécessaires et temporairement mises en place afin d'éviter toute pénurie. De plus, l'ADLC **affirme soutenir ces mécanismes et se dit prête à accompagner les entreprises qui iraient en ce sens.**

Pour appuyer ces propos, le REC affirme qu'il ne s'agit pas là de restrictions de la concurrence au sens de l'article 101 du TFUE³ : de telles mesures seraient susceptibles de **générer des gains d'efficacité**, critère d'exemption individuelle, palliant ainsi toute contravention aux règles européennes. Néanmoins, le réseau invite les entreprises ayant des doutes quant à la conformité de leurs initiatives à en informer la Commission ou l'Autorité nationale de concurrence du pays en cause afin d'être conseillées. Dans une communication de presse du 30 mars, la Direction

¹ Dont l'ADLC est membre

² Message du Réseau européen de concurrence à l'attention des entreprises concernant l'épidémie du coronavirus, 23 mars 2020 (Site de l'Autorité de la concurrence)

³ Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne

générale de la concurrence de la Commission européenne a annoncé avoir publié une page sur son site Internet⁴ destinée aux entreprises souhaitant coopérer entre elles. Elle a également indiqué avoir créé une boîte aux lettres électronique dédiée aux projets de coopération afin de délivrer des conseils informels à ces entreprises.

Dans la poursuite de cet objectif, la Commission a publié une nouvelle communication le 8 avril 2020 afin de préciser le cadre **temporaire de tels accords de coopération commerciale**. Cette communication concerne en particulier les entreprises intervenant dans le secteur médical, c'est-à-dire qui produisent des médicaments et dispositifs médicaux : les accords concernés sont ceux garantissant la fourniture de produits et services essentiels pendant la pandémie.

Selon la Commission, ces pratiques doivent être :

- Objectivement nécessaires pour effectivement augmenter la production de manière la plus efficace afin de faire face à une pénurie d'approvisionnement ;
- De nature temporaire (soit uniquement tant que le risque de pénurie est présent, et uniquement pendant l'épidémie) ;
- Strictement nécessaires pour répondre ou mettre fin aux pénuries de produits et services.

Comme le soulignent certains professionnels⁵, des questions subsistent toutefois : en effet, selon la Commission, de tels accords sont temporaires et ne sont justifiés que dans le cadre de la pandémie actuelle. Or, tous les Etats ne subissent pas le Covid-19 dans le même laps de temps, ni de la même intensité. Il reste donc aux Autorités nationales la mission de se coordonner entre elles et se conformer aux orientations de la Commission.

En définitive, les précisions de la Commission européenne, telles que celles portant sur les demandes ad hoc que peuvent formuler les entreprises pour valider leurs « projets de coopération »⁶, visent essentiellement à assurer dans les meilleures conditions l'acheminement de produits considérés comme essentiels (masques, gels hydroalcooliques, médicaments, etc.)⁷, et nullement à alléger les règles de concurrence dans leur ensemble⁸. L'ALDC poursuit d'ailleurs son activité⁹, certes de façon réduite.

Dans la perspective exposée, le REC s'attache à ce que ces produits soient disponibles à des prix compétitifs : il ne s'agit pas pour les entreprises concernées de tirer profit de la situation actuelle.

⁴ <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/coronavirus.html>

⁵ « Coopération entre concurrents en temps de pandémie : un régime d'exception », Me. Fayrouze Masmi-Dazi, Article paru aux Éditions Législatives le 14 avril 2020.

⁶ Communication from the Commission C (2020) 3200 final, 8.4.2020, Temporary Framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current Covid-19 outbreak, point 5, "specific and well-defined cooperation projects".

⁷ A titre d'illustration, Margrethe Vestager, Commissaire européenne à la Concurrence, a indiqué dans un communiqué de presse du 8 avril 2020 que la Commission devait « veiller à ce que l'approvisionnement en médicaments hospitaliers critiques utilisés pour soigner les patients atteints du coronavirus soit suffisant ».

⁸ Dans son message du 23 mars 2020, le REC a réaffirmé que seront sanctionnées les « entreprises qui profitent de la situation actuelle en pratiquant des ententes ou en abusant de leur position dominante ».

⁹ Clôture d'une enquête ouverte le 30 mars 2020 concernant des importations exclusives de matériel d'assistance respiratoire en Guyane et aux Antilles françaises ; consultation de l'Autorité auprès d'une association professionnelle, portant sur ses possibilités d'action concernant les loyers de ses adhérents dans le cadre de la pandémie actuelle.

B. Protéger les consommateurs : le maintien de prix compétitifs pour les produits dits essentiels

A l'échelle nationale, et avant même le message du REC du 23 mars 2020 précisant que « [les règles existantes au sein des Etats membres] pourraient s'avérer utiles pour limiter les augmentations de prix injustifiées au niveau de la distribution », des mesures sectorielles avaient été adoptées.

Ainsi, bien que depuis l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, les opérateurs du marché se sont largement accoutumés au **principe de la libre détermination du prix** consacré au sein du Code de commerce à son article L. 410-2, les **exceptions** à ce principe¹⁰, que l'on observe rarement en pratique, ont connu une application récente du fait du contexte sanitaire. Après enquête de la DGCCRF¹¹ et consultation du Conseil national de la consommation, le gouvernement a en effet entendu endiguer la forte augmentation du prix des gels hydroalcooliques qui avait été observée, en fixant, par décret en Conseil d'État, un **prix maximum pour la vente au détail des gels**¹².

Par souci d'adaptabilité, l'article 3 du décret réserve la possibilité au ministre chargé de l'économie de « *modifier par arrêté les prix maximums [fixés] pour tenir compte de l'évolution de la situation du marché constatée sur tout ou partie du territoire, dans la limite d'un coefficient correcteur qui ne peut être inférieur à 0,5 ou supérieur à 1,5* ».

D'autres mesures sectorielles ont pu être adoptées témoignant d'une **intervention étatique** aux fins de réguler l'économie, telles que la limitation au nombre de deux de la dispensation par les pharmacies d'officine des boîtes de paracétamol sans ordonnance, ou encore la suspension de la vente par Internet des spécialités composées exclusivement de paracétamol¹³, et ce jusqu'au 11 mai 2020.

¹⁰ Article L. 410-2 du Code de commerce, notamment alinéas 2 et 3.

¹¹ Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes.

¹² Décret n° 2020-197 du 5 mars 2020 relatif aux prix de vente des gels hydroalcooliques, notamment l'article 1^{er}.

¹³ Article 6 de l'Arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

2. L'application du Droit européen des aides d'État aux mesures de soutien national

Dans sa communication du 20 mars 2020, la Commission rappelle que « [...] le contrôle des aides d'État dans l'UE garantit la non-fragmentation du marché intérieur de l'Union et la préservation de conditions de concurrence équitables », et que « si l'intégrité du marché intérieur est maintenue, la reprise en sera aussi plus rapide ». Ainsi, elle s'efforce de fournir, depuis le début de l'épidémie, d'utiles recommandations sur l'application du droit européen des aides d'État aux mesures de soutien national destinées à faire face à la flambée de Covid-19.

A. Les possibilités offertes par les règles de l'Union aux États membres pour garantir la liquidité et l'accès au financement des entreprises

1. Absence de notification préalable à la Commission

Conformément à ce que la Commission avait indiqué dans une communication précédente datant du 13 mars 2020, les États membres disposent de certaines options d'action économique qui ne nécessitent pas son intervention¹⁴. En effet, il en est ainsi « de[s] **mesures applicables à toutes les entreprises**, comme l'octroi de subventions salariales, la suspension du paiement de l'impôt sur les sociétés et de la taxe sur la valeur ajoutée ou des cotisations sociales, ou d'un soutien financier direct aux consommateurs en cas d'annulation de services ou de billets qui ne sont pas remboursés par les opérateurs concernés ».

Elle rappelle que les États membres peuvent, en outre, « concevoir des mesures de soutien conformes au **règlement général d'exemption par catégorie** sans aucune intervention de [sa part] »¹⁵.

Cela étant, les aides publiques entrant dans le champ d'application des **règles de minimis** peuvent également être exemptées de notification.

2. Notification nécessaire pour l'approbation préalable de la Commission

Par ailleurs, sur la base de l'article 107, § 3, c), du TFUE, les États membres peuvent notifier¹⁶ à la Commission « des régimes d'aides visant à répondre à des besoins de liquidité pressants et à soutenir les entreprises confrontées à des difficultés financières, **et ce également lorsque ces difficultés sont dues à la flambée de Covid-19 ou aggravées par celle-ci** »¹⁷.

¹⁴ Article 108 du TFUE à propos de l'intervention de la Commission.

¹⁵ Règlement n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité.

¹⁶ Article 108, §3, du TFUE.

¹⁷ Lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers.

La Commission souligne que l'article 107 §2 b) du TFUE « autorise également les États membres à indemniser les entreprises de secteurs particulièrement touchés par la flambée épidémique et/ou les organisateurs d'événements annulés pour les dommages subis qui ont été directement causés par [celle-ci] »¹⁸.

De surcroît, elle précise que les États membres peuvent, sur la base de l'article précité¹⁹, indemniser les entreprises pour les dommages causés directement par la flambée de Covid-19, **même si elles ont bénéficié d'aides au titre des lignes directrices qui concernent les aides d'État au sauvetage et à la restructuration.**

B. L'instauration d'un encadrement temporaire conforme à l'article 107, §3, b), du TFUE

En complément des possibilités susmentionnées, la Commission énumère dans la communication du 20 mars 2020 d'autres mesures d'aides d'État temporaires qu'elle juge « compatibles avec le marché intérieur sur le fondement de l'article 10, §3, b), du TFUE ».

Ces **mesures d'aide d'État « peuvent être autorisées** très rapidement après leur notification par l'État membre concerné » **à condition** :

- Que l'aide en question soit destinée à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre ;
- Que l'aide prise ait pour but de remédier au manque de liquidité auquel sont confrontées les entreprises, et de faire en sorte que les perturbations causées par la flambée de Covid-19 ne compromettent pas leur viabilité ;
- Que la mesure d'aide d'État notifiée à la Commission soit nécessaire, appropriée et proportionnée pour remédier à une perturbation grave de l'économie de l'État membre concerné.

Ces aides, qui s'inscrivent dans un encadrement temporaire (similaire à celui mis en œuvre lors de la crise financière de 2008), peuvent prendre la forme :

- De subventions directes, d'avances remboursables ou d'avantages fiscaux ;
- De garanties sur les prêts ;
- Des aides sous forme de taux d'intérêt bonifiés pour les prêts ;
- Des aides sous forme de garanties et de prêts acheminées par des établissements de crédit ou d'autres établissements financiers ;
- Des assurance-crédit à l'exportation à court terme.

Pour chacun de ces cas, la Commission détaille les conditions dans lesquelles elle autorisera de telles aides²⁰.

A noter que cet encadrement temporaire a été modifié le 3 avril 2020²¹, afin de prévoir cinq types de mesures d'aide supplémentaires avec notamment le soutien à la fabrication de produits utiles à la lutte contre la flambée de Covid-19 ou encore le soutien ciblé sous la forme de reports de paiement des impôts et des taxes et/ou de suspensions de cotisations de sécurité sociale.

¹⁸ Illustration avec la décision de la Commission SA.56685, Danemark - Régime d'indemnisation applicable aux annulations d'événements liées à l'épidémie de Covid-19.

¹⁹ En effet, la pandémie de Covid-19 constitue, selon la Commission, un cas de circonstances extraordinaires.

²⁰ « 3. MESURES D'AIDES D'ÉTAT TEMPORAIRES » de la Communication du 20 mars 2020.

²¹ Communiqué de presse de la Commission européenne en date du 3 avril 2020.

Ce régime s'applique à partir du 19 mars 2020, « compte tenu des répercussions économiques de la flambée de Covid-19, qui exigeaient une action immédiate, [...] et ne sera pas appliquée au-delà du 31 décembre 2020 ».

C. Les autorisations récentes de régimes d'aides français par la Commission européenne

A titre d'illustration, en vertu des règles de l'UE en matière d'aides d'État, la Commission européenne a récemment autorisé :

- Un régime de garantie français d'un montant de 10 milliards d'euros destiné à soutenir le marché intérieur de l'assurance-crédit dans le contexte de la pandémie de coronavirus²² ;
- Un régime-cadre français d'un montant de 7 milliards d'euros visant à soutenir les PME ainsi que les grandes entreprises en France touchées par la pandémie de coronavirus²³ ;
- Un régime de garantie français pour les petites et moyennes entreprises dont les activités d'exportation pâtissent de la pandémie de coronavirus²⁴.

3. L'adaptation des délais et procédures de l'Autorité de la concurrence

Faisant suite à la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 et à l'ordonnance du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures durant cette même période, l'Autorité de la concurrence a annoncé par communiqué de presse le 27 mars 2020, l'adaptation des délais et procédures en matière de pratiques anticoncurrentielles et de concentration²⁵.

A. Installations des professions juridiques réglementées et concentrations

En tant qu' « administration » de l'État au sens de l'ordonnance du 25 mars 2020, l'article 7 prévoyant la suspension des délais d'instructions des cas de concentration et d'installation des professions juridiques réglementées est applicable à l'ADLC.

²² Autorisé au regard de l'article 107, §3, b), du TFUE, qui permet à la Commission d'autoriser les mesures d'aide d'État mises en place par les États membres pour remédier à une perturbation grave de leur économie (cf. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_650).

²³ Régime-cadre autorisé en vertu de l'encadrement temporaire des aides d'État adopté par la Commission le 19 mars 2020 tel que modifié le 3 avril 2020 (cf. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_701).

²⁴ Ce régime a été autorisé en vertu de l'encadrement temporaire des aides d'État adopté par la Commission le 19 mars 2020, tel que modifié le 3 avril 2020 (cf. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_734).

²⁵ Communiqué de Presse de l'ADLC publié le 27 mars 2020.

En ce sens, **sont suspendus, à compter du 12 mars 2020, et jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la cessation de l'état d'urgence sanitaire :**

- Les **délais légaux et réglementaires en matière de contrôle de concentrations** prévus aux articles L. 430-5 et L. 430-7 du Code de commerce ;
- Le **déla i légal de deux mois** au cours duquel l'ADLC se prononce sur les **projets de création d'offices publics et ministériels** dans les zones d'installation contrôlée et le délai de la consultation publique pour élaborer un nouvel avis sur la liberté d'installation des avocats.

Cependant, ces mesures d'adaptation ne font pas obstacle à l'adoption d'un acte relevant de leur compétence avant la fin de la période de suspension. En effet, l'ADLC précise dans son communiqué de presse qu'elle fera « ses meilleurs efforts [...] pour rendre ses décisions et avis de manière anticipée, sans attendre l'expiration des délais supplémentaires conférés par ces dispositions ».

B. Pratiques anticoncurrentielles

- **Délais de production des observations et des mémoires**

Dans le but de prendre en compte les obstacles actuels à l'exercice des droits de la défense, le délai de deux mois²⁶ dont disposent les entreprises pour produire des observations et mémoires en réponse à une notification de griefs ou à un rapport est **suspendu à compter du 17 mars 2020 et reprendra le lendemain de la levée des restrictions des déplacements.**

Toute demande relative aux délais doit être adressée à l'ADLC **de manière électronique** pendant toute la durée du confinement.

- **Demandes de clémence et modalités de transmission des actes de procédure**

- Demandes de clémence

Par dérogation à l'article R. 464-5 du Code de commerce et **jusqu'à la levée des restrictions de déplacement**, les demandes de clémence doivent être déposées par voie électronique uniquement en envoyant le formulaire accessible sur le site de l'ADLC²⁷. Les délais qui auraient quant à eux déjà été accordés au titre d'une demande de clémence sont suspendus à compter du 17 mars 2020 et reprendront lors de la levée des restrictions de déplacement.

- Modalités de transmission des actes de procédure

Bien que les déplacements nécessités par l'envoi d'une LRAR restent envisageables, l'ADLC souhaite les éviter. Pour ce faire, il s'agira non pas de passer par une LRAR électronique pour des soucis de confidentialité, mais de transmettre toutes les saisines, observations et mémoires, demandes de secret d'affaires ou de levée du secret des affaires par voie électronique à l'ADLC qui se chargera d'en accuser réception²⁸.

²⁶ Article L. 463-2 du Code de commerce.

²⁷ Adresse électronique : clemence@autoritedelaconcurrence.fr.

²⁸ Adresse électronique : L-PROCEDURE@autoritedelaconcurrence.fr.

Les décisions ou avis de l'ADLC seront adressés **par voie électronique** aux personnes concernées dès leur adoption mais leur notification officielle n'interviendra qu'après la levée des restrictions de déplacement.

- **Délais de prescriptions et délais de recours**

Deux délais de prescription interviennent en matière de sanction de l'ADLC pour les pratiques anticoncurrentielles : l'Autorité ne peut être saisie pour des faits remontant à plus de cinq ans et ne peut statuer sur ces faits plus de dix ans à compter de la cessation de la pratique anticoncurrentielle²⁹.

- Délai de prescription

L'ordonnance du 25 mars 2020 prévoit dans son article 2 que les décisions qui auraient dû intervenir entre le 12 mars 2020 et l'expiration d'un **délai d'un mois à compter de la cessation de l'état d'urgence sanitaire** pourront être accomplis dans un délai de 2 mois à compter de la fin de cette période sans être considérés comme prescrits.

- Délai de recours

Les recours contre les décisions prononcées par l'ADLC qui auraient dû être formés durant cette période pourront eux aussi être accomplis dans un **délai de deux mois à compter de la fin de l'état d'urgence sanitaire** sans pouvoir être sanctionnés par leur tardiveté.

- **Délais d'exécution des engagements et des injonctions**

Conformément à l'article 8 de l'ordonnance du 25 mars 2020³⁰, les délais de mise en œuvre des mesures conservatoires, des engagements et injonctions sont suspendus ou reportés jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la cessation de l'état d'urgence sanitaire.

²⁹ Article L. 462-7 alinéa 1 et alinéa 3 du Code de commerce.

³⁰ Article 8 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période : « Lorsqu'ils n'ont pas expiré avant le 12 mars 2020, les délais imposés par l'administration, conformément à la loi et au règlement, à toute personne pour réaliser des contrôles et des travaux ou pour se conformer à des prescriptions de toute nature sont, à cette date, suspendus jusqu'à la fin de la période mentionnée au 1 de l'article 1^{er} ».

ET MAINTENANT ?

Face à cette crise sanitaire, il est apparu nécessaire de prendre les mesures qui s'imposaient telles que nous vous les avons décrites. Cependant, il convient de garder à l'esprit que le droit de la concurrence continue de s'appliquer afin de veiller au respect du principe de libre concurrence. En effet, comme le rappelait la *Competition and Markets Authority* (ADLC du Royaume-Uni), « *les commerces ne doivent pas exploiter la situation actuelle pour en tirer avantage des personnes* »³¹.

En ce sens, des éventuels manquements ont déjà pu faire l'objet d'enquêtes : on peut citer l'Italie où une enquête a été ouverte pour pratique de prix excessifs sur les désinfectants et masques jetables, ou encore la Pologne pour des pratiques de prix sur la fourniture d'équipements de protection individuels pour les hôpitaux.

³¹ Communiqué du CMA publié le 5 mars 2020, « *The Competition and Markets Authority (CMA) wants to ensure that traders do not exploit the current situation to take advantage of people* ».